



PROMESSA DE COMPRA E VENDA CELEBRADA ENTRE CONSUMIDOR E INCORPORADORA E/OU CONSTRUTORAS: UM ESTUDO A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Luiza Cristina Freitas¹

RESUMO

O presente trabalho foi realizado com o objetivo de analisar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca das cláusulas contratuais que são discutidas no Judiciário envolvendo a promessa de compra e venda entre consumidor e as incorporadoras/construtoras. Especificamente foram analisadas a cláusula de tolerância e a responsabilidade decorrente da mora, bem como a quem compete o pagamento de despesas corretagem, condomínio e IPTU antes da imissão da posse pelo comprador, assim como quais valores podem ser retidos pela vendedora em caso de resolução contratual. Para alcançar os objetivos propostos, realizou-se uma pesquisa explicativa, utilizando-se, preponderantemente, o método dedutivo.

Palavras Chave: Promessa de Compra e Venda; Consumidor; Cláusulas Abusivas; Responsabilidade Contratual; STJ;

PROMISE OF PURCHASE AND SALE CELEBRATED BETWEEN CONSUMER AND MERGER AND / OR CONSTRUCTORS: A STUDY FROM THE JURISPRIDENCE OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE

ABSTRACT

The present work was realized for analyse the understanding of the Superior Court of Justice about the contractual clauses that are discussed in the Judiciary involving the promise of purchase and sale between consumer and the developers/builders. Specifically, was analyzed the tolerance clause and the responsible due of not timeliness of the realization of obligation, as well as who is responsible for the payment of brokers, mensalites condominium and property taxes, as well as what amounts may be retained by the seller in case of contractual termination. Was realized an explanatory research was carried out, using, predominantly, the deductive method.

Key-words: Purchase and Sale Promise; Consumer; Abusive Clauses; Contractual Responsibility; STJ

1 INTRODUÇÃO

¹ Doutoranda e mestra pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Metropolitano da Amazônia e da Pós-Graduação em Direito da Faculdade Ideal. Analista Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, lotada na 15ª Vara Cível e Empresarial da Comarca de Belém.



O contrato de promessa de compra e venda de unidade imobiliária é aquele firmado entre as partes (promitente comprador e promitente vendedor), no qual o promitente comprador obriga-se ao pagamento de quantia certa, e o promitente vendedor se obriga a entregar uma unidade imobiliária (e, portanto, coisa futura), dentro do prazo contratualmente avençado.

Nas situações analisadas no presente estudo, o promitente comprador é um consumidor, e, portanto, destinatário final do produto nos termos do artigo 2 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), e o promitente vendedor é uma incorporadora ou uma construtora, e, portanto, uma empresa especializada em promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas, figurando como fornecedoras de serviço nos termos do art. 3 do CDC².

Neste aspecto o entendimento do STJ se dá no sentido de que, sempre que verificado que o comprador é o destinatário final do bem é devida a aplicação do CDC, inclusive em relação à corretora imobiliária responsável pelo negócio (AgRg no REsp 1261198/GO).

De acordo com a Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança (ABECIP), no ano de 2018 houve um aumento de 30% em relação a compra e construções de imóveis no Brasil, sendo tal crescimento mantido no ano de 2019.

Diante da elevada oferta de imóveis no mercado, e das facilidades oferecidas pelas instituições bancárias para o financiamento dos imóveis, cada vez mais os brasileiros, em busca do sonho de possuir a casa própria, celebram contratos de compra e venda com incorporadoras envolvendo imóveis que ainda serão construídos ou estão em fase de construção.

Ocorre que o que se tem percebido é que grande parte das incorporadoras não cumprem o prazo contratualmente avençado para a entrega do empreendimento, frustrando a expectativa dos consumidores, além de se observar a implementação de cláusulas padronizadas abusivas, repetidas pelas incorporadoras nos contratos, fazendo com que os contratos seja discutidos perante o Poder Judiciário.

Assim o presente estudo tem como objetivo expor e analisar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a partir das principais cláusulas contratuais que são discutidas no Poder Judiciário, quais sejam: validade da cláusula de tolerância, possibilidade

² Considera-se como incorporadora a empresa que planeja, vende e divulga o empreendimento. Já a construtora tem uma atuação mais restrita, sendo a responsável por executar a obra.



de cobrança de taxa de corretagem, cláusula de retenção de valores em razão de resilição unilateral no interesse do consumidor, responsabilidade da promissária vendedora por danos (morais e materiais) decorrentes do atraso na entrega do empreendimento, incidência de correção monetária com base no índice nacional da construção civil (INCC), inversão da cláusula penal, possibilidade de cumulação da cláusula penal com lucros cessantes, e, ainda, a responsabilidade do promissário comprador pelo pagamento de taxas condominiais e imposto sobre território urbano (IPTU) antes da entrega das chaves do imóvel.

O problema de pesquisa que se objetiva responder é: “De que forma o STJ tem se posicionado acerca das principais causas discutidas no Judiciário em razão do contrato de promessa de compra e venda firmado entre consumidor e incorporadora/construtora?”.

Para atingir o objetivo proposto, o trabalho iniciará analisando a validade da cláusula de tolerância e, posteriormente, a responsabilidade do promitente vendedor em relação aos danos morais e materiais decorrentes da mora contratual. Em seguida serão analisadas as questões relacionadas à abusividade de cláusulas contratuais, e, por fim, se verificará os efeitos da resolução contratual, bem como quais valores podem ser retidos pela vendedora e em qual prazo o remanescente deverá ser restituído ao comprador.

Para alcançar o objetivo geral e os específicos pretendidos, será realizada uma pesquisa investigativa explicativa, pois o estudo se propõe a identificar como tem se consolidado a jurisprudência do STJ acerca das cláusulas avençadas na promessa de compra e venda.

No estudo se utilizará o método dedutivo, já que com base nos dados coletados a partir da jurisprudência, se inferirá conclusões sobre casos específicos.

2 PRAZO DE CONCLUSÃO DO EMPREENDIMENTO: CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA E RESPONSABILIDADE DO PROMITENTE VENDEDOR PELOS DANOS DECORRENTES DA MORA

A presente seção tem como objetivo conceituar e analisar a validade da cláusula de tolerância nos contratos de promessa de compra e venda firmados entre consumidor e agente incorporador/construtor, bem como, identificar de que forma o STJ tem se posicionado acerca da responsabilidade civil das promitentes vendedoras diante do atraso na entrega dos empreendimentos objetos das referidas promessas de compra e venda.

2.1 CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA

Conforme salientado, nos contratos de promessa de compra e venda o comprador se obriga a promover o pagamento de um valor, e o vendedor se obriga a realizar a entrega do bem no prazo determinado no contrato. Assim, objetivando resguardar-se no direito de atrasar a entrega do empreendimento, as incorporadoras e construtoras comumente incluem no contrato uma cláusula de tolerância, em razão do qual se protegem com um prazo adicional para entregar a unidade imobiliária objeto do contrato.

A validade dessas cláusulas foi questionada junto ao STJ sob o argumento de que deveria prevalecer a previsão contratualmente pactuada, independente do prazo previsto na cláusula de tolerância, em razão da incidência do princípio do *pacta sunt servanda* segundo o qual as cláusulas contratuais existem para serem cumpridas.

Conforme salientado por Gagliano e Pamplona Filho (2018, p. 424-425) o princípio da força obrigatória dos contratos, manifestado especialmente na imodificabilidade ou intangibilidade dos termos do contrato, tornou-se um nefasto instrumento de opressão econômica, sendo que tal opressão é maximizada nos contratos de adesão de consumo, nos quais o consumidor não dispõe da possibilidade de negociar com o fornecedor, e, diante da necessidade do bem de consumo, acaba se sujeitando a condição contratual de extrema desvantagem.

Atento a vulnerabilidade do consumidor, bem como considerando as particularidades inerentes ao processo de construção de condomínios edilícios, o STJ se manifestou considerando como válida a cláusula de tolerância fixada em contratos de promessa de compra e venda, desde que o prazo máximo inicialmente previsto para a entrega da obra seja prorrogado em até 180 dias corridos (REsp 1.582.318-RJ).

Neste sentido, a justificativa utilizada pelo STJ para validar tal cláusula se deu em razão de existirem no mercado fatores de imprevisibilidade que podem afetar negativamente a construção de edificações e onerar excessivamente os incorporadores e construtores, tais como intempéries, chuvas, escassez de insumos, greves, falta de mão de obra, crise no setor, entre outros contratemplos.



Assim, o prazo máximo de 180 dias para o adimplemento contratual foi fixado por ser o prazo de validade do registro da incorporação e da carência para desistir do empreendimento (arts. 33 e 34, § 2º, da Lei nº 4.591/64 e 12 da Lei nº 4.864/65) assim como consistir no prazo máximo para que o fornecedor sane vício do produto (art. 18, § 2º, do CDC).

Dessa forma, toda e qualquer cláusula de tolerância fixada para além dos 180 dias, é considerada abusiva naquilo que exceder o 180º dia, nos termos da jurisprudência do STJ. Portanto, a data máxima para o cumprimento da obrigação constante na promessa de compra e venda consiste no prazo inicialmente fixado, acrescido da cláusula de tolerância contratualmente prevista, limitada a 180 dias corridos. Findo o prazo, a promitente vendedora incorre em mora contratual, passando a ter responsabilidade por eventuais prejuízos sofridos pelo promitente comprador, conforme se analisará na subseção a seguir.

2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DA PROMITENTE VENDEDORA PELA MORA

De acordo com Tartuce (2017, 327-328) a responsabilidade civil contratual surge em razão do descumprimento de uma cláusula contratual, de modo que uma pessoa deixa de observar um preceito normativo regulador daquela relação jurídica, e, por isto, pratica ato ilícito, devendo, portanto, reparar os danos decorrentes da sua conduta.

Neste sentido o artigo 186 do Código Civil estabelece que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, e, nos termos do art. 927 do referido dispositivo legal aquele que por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Na mesma linha, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) garante como um direito básico do consumidor a reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos que venha a sofrer (art. 6, VI, CDC), razão pela qual a caracterização da mora da promitente vendedora em relação à entrega da unidade imobiliária objeto da promessa de compra e venda fará com que o consumidor tenha direito de ser reparado em

relação aos danos por ele experimentados, incidindo neste caso a responsabilidade objetiva, nos termos do art. 14 do CDC³.

Com relação aos danos morais, o STJ tem se posicionado no sentido de que, a priori, o atraso na entrega do empreendimento é considerado como mero descumprimento contratual, de modo que ele, por si só, não é suficiente para gerar danos morais ao consumidor (REsp 1684398/SP).

Não obstante, em situações excepcionais, nas quais restar comprovado nos autos do processo a ocorrência de violação à direito da personalidade do adquirente, os danos morais serão devidos, de modo que, neste caso, o ônus da prova também é atribuído ao consumidor (REsp 1693221).

Ainda com relação aos danos morais, o STJ estabeleceu que, nos casos em que o atraso na entrega ocorre por período considerável, superior a dois anos (AgInt no REsp 1804123/SP), ou se o imóvel for destinado à programa “Minha Casa Minha Vida”, e o período de atraso for superior a 12 meses (REsp 1818391/RN), há ocorrência de dano moral *in re ipsa*, bastando a comprovação do atraso da obra, já que neste caso a lesão aos direitos da personalidade do comprador é presumida em razão do longo período no qual o consumidor fica aguardando pela conclusão do empreendimento, sem ter a certeza de quando ela se dará.

Portanto, com relação a obrigação de indenizar os danos morais, o consumidor deverá provar a caracterização dos mesmos quando o atraso não for considerável, contudo, sendo a mora da promissária vendedora superior há dois anos (ou há um ano em caso de imóvel destinado ao programa minha casa minha vida), há dano moral presumido, bastando a demonstração do atraso na entrega do empreendimento.

Já com relação aos danos materiais, estes podem ser classificados como danos emergentes e lucros cessantes, sendo que, de acordo com Tartuce (2017, p. 351), o dano emergente consiste naquilo em que o sujeito efetivamente perdeu em razão da conduta praticada por outrem, enquanto que o dano decorrente dos lucros cessantes consiste naquilo que o sujeito razoavelmente deixou de lucrar em razão da conduta praticada por outrem.

O Superior Tribunal de Justiça entende que em razão da mora da promitente vendedora surge a obrigação de promover o pagamento dos lucros cessantes ao comprador já

³ Nos termos do art. 14 do CDC o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.



que em razão desta mora o promitente comprador é indevidamente impedido de usar e fruir do imóvel por ele adquirido.

Neste sentido o STJ estabelece que os lucros cessantes serão devidos ao promitente comprador independente de comprovação de que o imóvel seria utilizado para fins comerciais, dispensando-se neste aspecto a prova do prejuízo, já que este se dá de forma *in re ipsa*.

Portanto, basta que o promitente comprador comprove o atraso da requerida em relação a entrega do empreendimento para que tenha direito aos lucros cessantes a título de aluguéis mensais, devidos entre 0,5 a 1,0% do valor do imóvel (e não apenas do valor pago pelo consumidor) por mês de atraso (conforme EREsp 1.341.138-SP, disponível no Informativo n. 626 do STJ).

Além dos lucros cessantes, o consumidor também deverá ser indenizado pelos danos emergentes que comprovadamente sofrer em razão do atraso na entrega do empreendimento, a exemplo de despesas com armazéns ou depósitos para guarda de mobiliário adquirido com vistas a compor a unidade imobiliária objeto da promessa de compra e venda (AgInt no REsp 1651964/RJ).

Note-se aqui que, para que haja condenação da promissária vendedora ao pagamento dos danos emergentes, caberá ao consumidor promover a comprovação do dano sofrido e da sua extensão, inexistindo aqui inversão do ônus da prova.

Com relação aos danos materiais, em 2019 o STJ fixou duas teses de observância obrigatória pelos demais tribunais, quais sejam o tema de n. 970 e o tema de n. 971. Veja-se a literalidade dos mesmos:

Tema 970: A cláusula penal moratória tem a finalidade de indenizar pelo adimplemento tardio da obrigação, e, em regra, estabelecida em valor equivalente ao locativo, afasta-se sua cumulação com lucros cessantes.

Tema 971: No contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor. As obrigações heterogêneas (obrigações de fazer e de dar) serão convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial.

Assim, em razão da previsão constante no tema 970, se no contrato de promessa de compra e venda houver cláusula penal moratória (e, portanto, com finalidade de compensar eventual demora do adimplemento por uma das partes), e, for constatado que tal cláusula foi

estabelecida em valor equivalente ao locativo (ou seja, entre os percentuais de 0,5% e 1% do valor do imóvel), deverá prevalecer o disposto na referida cláusula, não havendo possibilidade de cumulá-la com indenização decorrente de lucros cessantes.

O STJ também estabeleceu que as promitentes vendedoras devem resguardar a paridade em relação às cláusulas contratuais referentes às cláusulas penais para inadimplemento, de modo que, se constatada a existência de cláusula prevista unicamente em favor da vendedora, ela deverá ser considerada para fins de indenização devida pelo inadimplemento do vendedor, de modo que as obrigações heterogêneas (obrigações de fazer e de dar) serão convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial.

Portanto, conforme evidenciado, em razão da caracterização da mora da promitente vendedora, esta estará obrigada a promover o pagamento de indenização pelos danos (morais e materiais) sofridos pelo promissário comprador.

3 CLÁUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS: CONTRATO DE ADESÃO E VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Os contratos de promessa de compra e venda firmados por incorporadoras e construtoras com consumidores são celebrados na modalidade de contrato de adesão, que, consoante entendimento de Venosa (2019, p. 978-979) consiste naquele em que uma das partes (no caso, a promitente vendedora) apresenta o contrato com todas as cláusulas predispostas, sendo que a outra parte (o aderente) só tem a alternativa de aceitar ou não o contrato já formulado como um todo, não tendo a possibilidade de discutir o conteúdo das cláusulas contratuais.

Assim, diante do fato de o consumidor só ter a opção de aceitar ou não o contrato da forma como ele está redigido, sempre que verificado o abuso por parte do estipulante do contrato, a cláusula será considerada como nula.

Na presente serão analisadas três cláusulas contratuais comumente incluídas em contratos de promessa de compra e venda, quais sejam: possibilidade de cobrança de taxa de corretagem do promissário comprador; índice de correção monetária aplicável em caso de mora da promissária vendedora; e, possibilidade de obrigar o comprador a promover o pagamento de taxas de condomínio e IPTU antes da imissão do mesmo no imóvel.



3.1 COBRANÇA DE TAXA DE CORRETAGEM DO CONSUMIDOR

A taxa de corretagem corresponde a remuneração devida ao corretor que atuou na intermediação da venda da unidade imobiliária, sendo que a discussão jurídica se dá quando este corretor é contratado pela construtora/incorporadora para promover a venda do empreendimento, e, o consumidor, ao procurar um *stand* de vendas, se depara com tal corretor, que não foi por ele escolhido e nem contratado, contudo, a ele é atribuído o ônus de remunerar os seus serviços.

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2018, p. 752) no contrato de corretagem tem-se a figura do corretor, que consiste na pessoa que tem como tarefa precípua aproximar duas partes com o propósito de que as mesmas celebrem determinado negócio jurídico, e, do outro lado do contrato, tem-se a figura do comitente, que é aquele que contrata a intermediação.

Assim, como no caso em análise o comitente é a promissária vendedora, que contratou o corretor para atuar no seu *stand* de venda, em regra, caberá a ela o pagamento da remuneração do corretor ante a conclusão do negócio jurídico objeto da corretagem.

Não obstante a regra acima delineada, em razão do custo de corretagem estar incluído custo do empreendimento, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.599.511/SP, submetido ao regime de Recurso Repetitivo, fixou o entendimento no sentido de que é válida a cláusula contratual que transfere ao consumidor o pagamento da comissão de corretagem desde que o consumidor seja previamente informado sobre o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.

Dessa forma, para que a cláusula de corretagem seja válida, é necessário que o consumidor seja informado, especificamente, acerca do valor que está pagando pela unidade imobiliária e pela corretagem, não sendo lícita a transferência da responsabilidade pelo pagamento da taxa de corretagem quando não firmada de maneira expressa e clara, com destaque dos valores devidos.

Cabe destacar aqui a possibilidade de o julgador estabelecer o *distinguishing* em relação ao precedente obrigatório anteriormente evidenciado quando observar que houve resolução contratual em razão do inadimplemento por parte da promissária vendedora. Assim,



se evidenciado no caso concreto que o consumidor pugnou pela extinção do contrato em razão do atraso na entrega do empreendimento, eventuais valores pagos pelo consumidor a título de comissão de corretagem deverão lhe ser integralmente ressarcidos pela promitente vendedora, já que ela é a responsável pelo desfazimento do negócio jurídico.

3.2 ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA APLICÁVEL APÓS A MORA DA PROMISSÁRIA VENDEDORA

O índice de correção monetária consiste na atualização do preço devido com vistas a recompor o valor da moeda que vai sendo corroído em razão da inflação. Assim, diante da mora da promissária vendedora é comum que os consumidores ajuízem ações requerendo o congelamento do saldo devedor, de modo que sobre ele não incida nem juros e nem correção monetária.

Acerca do tema o STJ entende que nos contratos de promessa de compra e venda pactuados envolvendo imóveis em construção, a correção monetária é devida com base no Índice Nacional da Construção Civil (INCC) durante o prazo no qual a promissária vendedora dispõe para entregar o imóvel, sendo que a partir da sua mora, o consumidor adquirente não pode ser responsabilizado, de modo que a atualização monetária deverá ser realizada com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC) até o vencimento da obrigação (conforme REsp 1688620/SP).

Portanto, eventual cláusula contratual que preveja a correção monetária com base no INCC mesmo durante o período de mora da promitente vendedora deverá ser considerada abusiva, e, por consequente, nula de pleno direito, devendo o saldo devedor ser recalculado com base no INPC a partir da data da mora da vendedora, e, diante de eventualmente pagamento pelo consumidor a maior, o excedente deverá lhe ser ressarcido.

Não obstante, conforme observado, o consumidor não tem direito ao congelamento do saldo devedor, visto que isto importaria em enriquecimento ilícito por parte do comprador, já que o valor da moeda não seria recomposto, e, com isto, o preço ajustado sofreria depreciação.



3.3 EXIBILIDADE DE TAXAS DE CONDOMÍNIO E IPTU ANTES DA IMISSÃO DA POSSE DO COMPRADOR NO IMÓVEL

Os contratos de promessa de compra e venda comumente estipulam que cabe ao promitente comprador a responsabilidade pelo pagamento das taxas de Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU) bem como das taxas condominiais desde a emissão do auto de conclusão de obra (também denominado habite-se)⁴.

Assim, após a conclusão da obra pela construtora/incorporadora, ela deve realizar a requisição perante a Prefeitura para que seja realizada uma vistoria no local, e, caso o imóvel esta pronto para ser habitado, é expedido o auto de conclusão de obra, sendo autorizada a transmissão da posse da unidade para o promitente comprador.

Ocorre que entre a emissão do habite-se e a efetiva imissão na posse do imóvel pelo comprador por vezes decorre período de tempo considerável, sendo necessário aqui observar quem deu causa a demora.

Dessa forma, se observado que a demora na imissão da posse do bem decorreu por culpa do promissário comprador, que demorou para promover a quitação do contrato, por exemplo, é razoável a imposição a ele das taxas condominiais e valores de IPTU, contudo, tal exigência não se sustenta quando a demora é imputada à própria vendedora.

Tal situação se dá porque a verificação realizada pela Prefeitura para a emissão do habite-se se dá em relação as regras municipais existentes no Código de Obras, não levando em consideração os padrões de qualidade especificados nos contratos. Assim, quando o promitente comprador realiza a sua vistoria no imóvel para verificar se houve ou não cumprimento daquilo que fora contratado, por vezes encontra vícios de construção que a promissária vendedora demora em corrigir.

Dessa forma, se o imóvel ainda não está finalizado de acordo com as especificações contratualmente ajustadas, a construtora continua em mora, não podendo tais ônus serem imputados ao consumidor. Assim, o STJ entende que somente a partir da posse efetiva do imóvel é que surge para o adquirente a obrigação de custear o pagamento das taxas condominiais e de imposto sobre propriedade (AgRg nos EDcl no REsp 851.542/RS).

⁴ O auto de conclusão de obra (também denominado habite-se) consiste na certificação expedida pela Prefeitura atestando que o imóvel encontra-se pronto para ser habitado, tendo sido construído de acordo com as exigências legais daquele município.

Portanto, cláusula contratual que transfere ao consumidor o dever de pagar taxas condominiais e o IPTU a unidade objeto da promessa de compra e venda antes da imissão da posse serão declaradas nulas, exceto se verifica que a demora na imissão da posse é atribuída ao próprio promitente comprador.

4 RESOLUÇÃO E RESILIÇÃO DA PROMESSA DE COMPRA E VENDA: POSSIBILIDADE DE RETENÇÃO DE VALORES PELA PROMITENTE VENDEDORA

A presente seção será desenvolvida com o objetivo de analisar o entendimento do STJ acerca da possibilidade de retenção de valores pela promitente vendedora nos casos de resolução e de resilição contratual nos contratos de promessa de compra e venda celebrados entre consumidor e incorporadora/construtora.

Neste aspecto primeiramente é importante estabelecer a diferença entre o término do contrato por resilição e por resolução. Acerca do tema Tartuce (2017, p. 455) estabelece que quando o contrato é extinto por fatos posteriores a sua celebração, tal fenômeno jurídico é denominado rescisão contratual.

Assim, a rescisão é gênero composto por duas espécies, quais sejam: a resolução contratual (que ocorrerá nos casos em que uma das partes promover um descumprimento contratual), e, a resilição contratual (que se dá através do ato unilateral ou bilateral pelo qual o contrato é extinto sem justo motivo).

Ainda de acordo com Tartuce (2017, p.456-459) a resolução contratual poderá ocorrer em quatro hipóteses: a) inexecução voluntária; b) inexecução involuntária; c) onerosidade excessiva; d) cláusula resolutiva tácita. No presente estudo será analisada somente a resolução por inexecução voluntária, e, portanto, aquela que ocorre por culpa da própria parte contratante.

Diante do inadimplemento contratual por parte do consumidor, que restou inadimplente em relação às suas obrigações contratualmente ajustas, a exemplo do pagamento das parcelas devidas em razão da promessa de compra e venda, a vendedora poderá resolver o contrato e transferir a unidade imobiliária para terceiro, nos termos do contrato. Para tanto, em



razão da boa fé objetiva, exige-se a notificação prévia do promissário comprador para que ele, querendo, possa regularizar sua situação contratual.

Nestes casos, dada a responsabilidade do comprador pelo término do contrato, a vendedora poderá reter parte do valor pago pelo comprador com o objetivo de indenizar-se pelos gastos empreendidos durante a vigência do contrato, sendo que em relação a isto o STJ admitida a retenção entre 10 e 25% do valor pago pelo promitente comprador (RESP 1224921/PR). Note-se aqui que não se admite a retenção de percentual com base no valor global do contrato, mas sim em relação àquilo que fora efetivamente pago pelo promitente comprador.

Assim, apesar de a unidade imobiliária poder ser comercializada novamente pela vendedora com terceiro, a retenção de parte dos valores pagos pelo comprador se justifica em razão dos gastos realizados pela vendedora com despesas administrativas havidas com a divulgação, comercialização e corretagem, o pagamento de tributos e taxas incidentes sobre o imóvel.

Por outro lado, quando a resolução contratual é motivada por ato da promissária vendedora, por exemplo, em razão do atraso na entrega do empreendimento, o consumidor fará jus a integralidade do valor por ele pago, devidamente acrescido de correção monetária, além de indenização pelos danos materiais e morais decorrentes da mora da vendedora.

Caso as partes optem por celebrar um distrato, e, portanto, terminar o contrato sem justo motivo, de forma bilateral, é necessário observar a impossibilidade de retenção por parte da vendedora de valores superiores à 25% do valor pago pelo comprador, aplicando-se aqui analogicamente o entendimento previsto para os casos em que o comprador dá causa ao término do contrato.

Ocorrido o término do contrato de compra e venda, por qualquer motivo, o comprador tem direito a devolução imediata dos valores que lhe são devidos, não sendo válidas cláusulas contratuais que preveem pagamento parcelado, no mesmo número de parcelas que foram pagas pelo comprador. Neste sentido, veja-se a integralidade da súmula 543 do STJ:

Súmula 543, STJ: Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.

Assim, a jurisprudência do STJ considera que há enriquecimento ilícito da incorporadora na aplicação de cláusula que obriga o consumidor a esperar pelo término completo das obras para reaver seu dinheiro, pois aquela poderá revender imediatamente o imóvel sem assegurar, ao mesmo tempo, a fruição pelo consumidor do dinheiro ali investido (AgRg no Ag 866542 SC).

Com relação ao percentual de retenção cabe destacar que em dezembro de 2018 foi publicada a nova lei do distrato imobiliário (Lei n. 13.786/18), aplicável para contratos firmados na sua vigência, que seu deu imediatamente após a publicação. A referida norma regulamentou expressamente os parâmetros de resolução de contrato de compra e venda, alterando as bases consolidadas na jurisprudência do STJ.

Assim, de acordo com ao art. 67-A da referida lei, em caso de desfazimento do contrato por culpa do comprador, ele terá direito a devolução do valor pago, deduzindo-se a integralidade da comissão de corretagem bem como da pena convencional, que não poderá exceder 25% da quantia paga, devendo pagamento ocorrer em até 180 dias do desfazimento do negócio.

Contudo, nos casos em que a incorporação estiver submetida ao regime do patrimônio de afetação, de que tratam os arts. 31-A a 31-F da Lei n. 4.591⁵ a retenção pela vendedora poderá ser de até 50% do valor pago pelo comprador, podendo os valores serem pagos em até 30 dias após a expedição do auto de conclusão de obra.

Portanto, para fins de verificação dos valores que podem ser retidos pelas promissárias vendedoras e do prazo no qual o consumidor deve ser ressarcido pelo que gastou é necessário observar a data de assinatura da promessa de compra e venda pelas partes.

5 CONCLUSÃO

O estudo realizado permitiu concluir que o Superior Tribunal de Justiça tem interpretado as cláusulas contratuais fixadas nos contratos de promessa de compra e venda firmados entre consumidor e incorporadora/construtoras a partir dos princípios consumeristas,

⁵ A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes (conforme art. 31-A da Lei n. 4.591/64).



negando validade às cláusulas contratuais que colocam o consumidor em situação de desvantagem manifesta.

Neste sentido verificou-se que com relação à cláusula de tolerância, o STJ tem admitido sua validade, desde que limitada a prorrogação em 180 dias do prazo inicialmente ajustado, sendo nula toda e qualquer previsão contratual que exceder tal limite. Assim, só se pode considerar que a promitente vendedora está em mora após decorrida a prorrogação constante na cláusula de tolerância contratualmente avençada.

Evidenciou-se ainda que, diante da mora da vendedora, ela está obrigada a indenizar os danos (morais e materiais) sofridos pelo consumidor, sendo que neste aspecto o STJ entende que, cabe ao consumidor comprovar a exigência de danos morais em razão do atraso da obra, exceto nos casos em que tal atraso é superior à dois anos, ou, 12 meses nos casos de contratos envolvendo imóveis integrantes do programa “minha casa minha vida”, nos quais em razão do longo prazo de espera o dano moral é presumido.

Já com relação aos danos emergentes, o estudo evidenciou a necessidade de o consumidor comprovar em juízo a sua ocorrência para que tenha direito à reparação, não incidindo aqui a inversão do ônus da prova. Em sentido contrário, com relação aos lucros cessantes, o STJ se manifesta no sentido deles serem devidos pelo simples atraso da obra, independente da finalidade comercial ou não do imóvel, no percentual de 0,5% a 1% do valor do imóvel por mês de atraso.

Também restou evidenciada a impossibilidade de cumulação de cláusula penal moratória com a indenização por lucros cessantes, devendo prevalecer a cláusula penal moratória, desde que fixada de acordo a média devida a título de aluguel pelo imóvel. Assim como se verificou a possibilidade de inversão da cláusula penal em favor do consumidor quando esta for prevista exclusivamente em favor da vendedora.

Com relação a taxa de corretagem, o estudo demonstrou que o STJ admite a transferência ao comprador dos valores devidos a título de corretagem, mesmo nos casos em que a venda é realizada em *stand* da vendedora, desde que tal previsão seja pactuada de forma expressa e clara na promessa de compra e venda, com destaque dos valores devidos pelo imóvel e pela corretagem.

Já acerca do índice de correção monetária, constou-se ser indevido o congelamento do saldo devedor em razão da mora da promissária vendedora, assim como a realização de correção com base no INCC após o decurso do prazo avençado para a entrega do

empreendimento, devendo o saldo devedor ser reajustado com base no INCC durante o prazo em que a requerida tem para construir o imóvel, e, a partir da sua mora, o reajuste deverá ser dar com base no INPC, até o valor do vencimento da dívida.

No que concerne a transferência para promitente comprador da responsabilidade pelo pagamento das taxas condominiais e de IPTU do imóvel desde a expedição do autor de conclusão da obra a pesquisa permitiu concluir que o STJ não admite como válida tal transferência, exceto se a mora for decorrente de conduta imputável a comprador. Portanto, em regra, a promitente vendedora responderá pelo IPTU e pelas despesas condominiais até o momento da entrega das chaves ao adquirente, que será considerado a partir daí como imitido na posse do bem.

Por fim, com relação à resolução contratual, estabeleceu-se que, para contratos firmados antes de 27 de dezembro de 2018, em caso de término do contrato por culpa do promitente comprador, ele terá direito a devolução de parte do valor pago, estando a vendedora autorizada a promover a dedução de percentual variável entre 10 e 25% do montante efetivamente pago pelo comprador.

Contudo, nos casos em que resolução se der com conduta atribuída a promitente vendedora, esta estará obrigada a promover a devolução integral dos valores pagos pelo consumidor, devidamente corrigidos monetariamente, inclusive em relação à taxa de corretagem.

Ademais, verificou-se ainda, que independente de quem deu causa ao término do contrato, por força da Súmula 543 do STJ, os valores deverão ser entregues ao comprador de forma imediata, sob pena de enriquecimento sem causa pela vendedora.

Não obstante, em razão da entrada em vigor da Lei n. 13.786/2018, que alterou a lei de incorporações imobiliárias, e passou a regulamentar expressamente a resolução contratual, para os contratos firmados na vigência desta norma aplicam-se as regras nela constantes, e, portanto, diante da resolução por culpa do comprador a vendedora está autorizada a abater percentual de até 25% do valor pago, bem como a integralidade da taxa de corretagem, podendo devolver os valores ao consumidor no prazo de 180 dias, contados da resolução contratual. Já nos casos em que a incorporação estiver submetida ao regime de afetação a dedução poderá ser de até 50% do valor pago pelo comprador, devendo o remanescente ser restituído no prazo de 30 dias após o habite-se.



Assim, a partir de todo o estudo realizado pode-se verificar que, mesmo diante da pactuação realizada por meio de contrato de adesão, quando o consumidor submete tal contrato a apreciação do Judiciário, tem-se garantido a prevalência da equidade entre as partes a partir da declaração de nulidade das cláusulas abusivas incluídas pela promitente vendedora.

REFERÊNCIAS

Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança (ABECIP). Mercado Imobiliário no ano de 2018 e 2019. Disponível em: <https://www.abecip.org.br/>

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, de 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 12 abril 2020.

BRASIL. Lei n. 13.786/18. Altera as Leis n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, de 28 dez. 2018. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13786.htm. Acesso em 12 abril 2020.

BRASIL. Lei n. 8.078/90. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, de 12 set. 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em 12 abril 2020.

BRASIL. Lei nº 4.864/65. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, de 21 dez. 1964. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591compilado.htm. Acesso em 12 abril 2020.

BRASIL. STJ. 2ª Turma. EREsp 1.341.138-SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 09/05/2018 (Info 626).

BRASIL. STJ. 3ª Turma. AgInt no REsp 1684398/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 20/03/2018.

BRASIL. STJ. 3ª Turma. AgInt no REsp 1693221/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 20/03/2018

BRASIL. STJ. 3ª Turma. AgInt no REsp 1804123/SP. Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 09/09/2019, **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 11 set. 2019.

BRASIL. STJ. 3ª Turma. AgRg no Ag 866542 SC, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Julgado em 04/12/2012, **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 11 dez. 2012.



BRASIL. STJ. 3ª Turma. AgRg no REsp 1261198/GO. Rel. Ministro Moura Ribeiro. Julgado em 17/08/2017, **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 01 out. 2017.

BRASIL. STJ. 3ª Turma. REsp 1.582.318-RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 12 set. 2017) (Info 612)

BRASIL. STJ. 3ª Turma. REsp 1818391/RN. Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 10/09/2019. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 19 set. 2019.

BRASIL. STJ. AgRg nos EDcl no REsp 851.542/RS, Rel. Ministra Nancy ANDRIGHI, 3ª TURMA, j:06/09/2011, **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 13 set. 2011

BRASIL. STJ. AREsp: 1349847 PR 2018/0213805-8. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 31 out. 2018.

BRASIL. STJ. REsp 1688620/SP. Relator: Ministro Moura Ribeiro, **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 04 set. 2017.

BRASIL. STJ. REsp nº 1.599.511/SP (2016/0129715-8). Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil: volume único**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 7ª Ed. São Paulo: Método, 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2019.